Begriff und Bedeutung der „verbrauchbaren Sachen“

im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alfred Adamkiewicz

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811.
Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Amtliche Ausgabe. Berlin 1862.
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 13. Aufl., bes. von Pfaff und Hoffmann.
Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften. 1873.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 1. 1886.
Bekker, über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte. (Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften.) Berlin 1898.
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.
Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Bd. 1. 1853.
Büldt, Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen. Diss. Leipzig 1904.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Der Entwurf erster Lesung von 1888. (zit.: 1. Entw.)
Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.
Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar von Reichsgerichtsräten. Bd. 1. Nürnberg und Leipzig, U. E. Sebald.
Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch. 1864.
Code Napoléon.
Corpus iuris civilis. Mommsensche Ausgabe.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. 1905.
Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1902.
Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1904.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. 1895.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1896.
Die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 1888. (zit.: Mot.)
Die Protokolle der 2. Kommission. Bd. 3. 1897—1899. (zit.: Prot.)
Donellus, omnia opera. Tom. 3.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1908.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard 1903.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. 1856.
Fischer-Henle, Handausgabe mit Anmerkungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 6. Aufl. 1904.
Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. 7. Aufl. 1896.
Frank, Über den uneigentlichen Nießbrauch an körperlichen Sachen. Diss. Göttingen 1889.
Freund, Wörterbuch der lateinischen Sprache. Bd. 1. 1834.
Gareis, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1868.
Göschen, Gemeines Zivilrecht. Bd. 1. 2. Aufl. 1843.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. 9. Erlangen 1808.
Gradenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.
Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch. 1879.
Held, Die Lehre vom „Ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuunter". Würzburg 1848.
Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl., bearbeitet von E. Seckel. Jena 1907.
Hohenemser, Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung. Diss. Marburg 1892.
Hoffmann, Die verbrauchbaren Sachen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1910.
Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
v. Ihering, Gesammelte Aufsätze. Bd. 2. 1882.
Karlowa, Über den Begriff der fungiblen Sachen. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 16.
Koch, Kommentar zum Landrecht. 8. Aufl.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.
Kohler, Der Dispositionsnießbrauch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 24.
v. Keller, Pandektenvorlesungen. Bd. 1. 2. Aufl., bes. v. Lewis. 1866.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert im Auftrage des Deutschen Anwaltvereins. 2. Aufl. 1903.
Leonhard, R., Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
Leonhard, R., Institutionen. 1894.
Leonhard, R., Artikel consumere. In Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft 1901 Bd. 4.
Leonhard, R., in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rom. Abteilung Bd. 14 S. 280.
Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl. 1904.
Napoleons Gesetzbuch. Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen. Straßburg 1808.
Neumann, Jahrbuch des bürgerlichen Rechts. 1901–1909.
v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Bd. 2. 1895.
Puchta-Krüger, Institutionen. 10. Aufl. 1893.

Planck u. a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 1903.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Roguin, Des choses fongibles et des choses de consommation. Recueil inaugural de l'Université de Lausanne.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 6. 1847.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. 1902.
v. Staudinger u. a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 1907.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 1856.
Vinnius, in quattuor libros Institutionum Imperialium commentarius Academicus et Forensis. 1726.
Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. 2. 1842.
Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. Bd. 9. 1855.
Wendt, Wie etwas heißt und was es ist. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 103 S. 441 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl.

I.

a)

§ 1.

Der Begriff der „verbrauchbaren Sachen" stammt aus dem römischen Recht.

Nach den starren Begriffen des alten römischen Rechts waren gewisse Sachen nicht fähig, Objekte des Nießbrauches zu sein, weil an ihnen ein uti frui „salva rei substantia" nicht möglich war. Das waren die Sachen, deren gewöhnlicher Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, die res, quae usu consumuntur. — Wurde etwa einer Witwe testamentarisch ein Nießbrauch am gesamten Vermögen bestellt und befanden sich nun gerade sehr viele „verbrauchbare Sachen", wie Lebensmittel, Brennmaterialien und Geld, darin, dann war nach älterem römischen Recht insoweit der Nießbrauch als „inutilis" ungültig. Die Absicht des Testators, durch das Nießbrauchslegat der überlebenden Gattin ein sorgenfreies Leben zu sichern, ohne die Substanz des Vermögens den Kindern zu entziehen, war damit größtenteils vereitelt. — Allmählich empfand der sich entwickelnde Verkehr diese Starre des Rechts überaus drückend. Um nun den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen (utilitatis causa, wie die Quellen sagen, Inst. II, 4 § 2) bestimmte ein namenloser Senatsbeschluß,[1]) es könne an allen Sachen, „quas in cuiusque patrimonio esse constaret", ein Nieß-

---

[1]) Dieser Senatsbeschluß hat nach verschiedenen Richtungen hin zu Streitfragen Anlaß gegeben. Einmal ist sehr bestritten die Zeit des Erlasses desselben. Man nimmt wohl jetzt überwiegend an, daß er nicht nach Tiberius und nicht vor Cicero ergangen ist. Sicher ist m. E. jedenfalls, daß er zu Ciceros Zeit noch nicht vorhanden war. Das beweist eine Stelle in Ciceros top. cap. 3 § 17: non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. Diese Stelle besagt ausdrücklich, daß ein hinterlassener Wein- und

brauch bestellt werden (D. VII, 5 l. 1). Damit war der Nießbrauch auch an den „verbrauchbaren Sachen“ zugelassen, oder besser ein Analogon desselben, ein „quasi ususfructus“, nicht ein „verus ususfructus“, denn es konnte die Natur der Sache auch durch des Senates Autorität nicht geändert werden (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, D. VII, 5 l. 2 § 1).

Von nun an spielt der Unterschied zwischen den beiden Klassen von Sachen in den Quellen eine große Rolle. Unter verschiedenen Bezeichnungen sprechen diese von den Objekten des „quasi ususfructus“; so werden sie genannt: res quae usu consumuntur vel minuuntur in der Überschrift des 5. Titels des 7. Buches der Digesten, quae usu tolluntur vel minuuntur (D. VII, 5 l. 1), quae in abusu consistunt (D. VII, 5 l. 5 § 1), quae sunt in abusu [1]) (D. VII, 5 l. 5 § 2), quae in absumptione sunt (D. VII, 5 l. 5 § 1), que usu (?) [2]) continentur (D. VII, 5 l. 7), quae ipso usu consumuntur (Inst. II, 4 § 2). Die Quellen sprechen also meist von einem „consumere“, „tollere“, also von einem „Beseitigen“, „Vernichten“, das „usu“ — „durch den Gebrauch“ herbeigeführt wird. Wenn zu dem usu „ipso“ hinzugesetzt wird, so soll damit wohl

Ölvorrat nicht Gegenstand des Nießbrauchs ist (vgl. zu der Frage Glück a. a. O. S. 388; Elvers a. a. O. S. 579/80; Büldt a. a. O. S. 2; s. auch Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 24 S. 235, dessen Ansicht, daß es sich um einen sogen. Dispositionsnießbrauch im vorliegenden Falle handle, mir übrigens nach dem klaren Wortlaut der fraglichen Stelle unbegründet erscheint). Bestritten ist ferner die Bedeutung des Senatskonsults. Man hat gesagt, schon vor Erlaß desselben sei gewohnheitsrechtlich ein Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen ausgebildet worden und der Senat habe diesen gewohnheitsrechtlichen Zustand gewissermaßen nur gesetzlich sanktioniert, während eine andere Ansicht annimmt, erst das Senatskonsult habe unmittelbar den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen eingeführt. Richtig dürfte m. E. die letztere Ansicht sein. Dafür spricht die Ausdrucksweise der Quellen, z. B. Inst. II, 4 § 2 senatus censuit . . ., D. VII, 5 l. 1 quo senatus consulto inductum videtur . . . (vgl. Held a. a. O. S. 17; Büldt a. a. O. S. 2 und die dort Angezogenen).

[1]) Abusus hier = Verbrauch, nicht Mißbrauch, vgl. Heumann-Seckel a. a. O. s. v. abusus.

[2]) Mommsen, Dig. S. 107 Anm. 6 weist darauf hin, daß in der Ausgabe des Haloander von 1529 „abusu“ statt „usu“ steht, was m. E. auch verständlicher ist.

nur ausgedrückt werden, daß „unmittelbar, schon“ durch den Gebrauch die Vernichtung herbeigeführt wird. Auffällig aber ist der Zusatz „vel minuuntur“. Man hat gesagt, unter den res, quae usu minuuntur seien die Sachen zu verstehen, „die durch normalen Gebrauch abgenutzt zu werden pflegten“,[1]) also die später von Windscheid sogen. „abnützbaren“ Sachen.[2]) M. E. ist diese Ansicht unzutreffend.

Es ist bei den res, quae usu minuuntur wohl an Quantitäten verbrauchbarer Sachen zu denken, die durch den Gebrauch minuiert, gemindert werden.[3]) Dafür spricht auch der Umstand, daß in dem Digestentitel, der ex professo von den res consumptibiles handelt und die Überschrift trägt: De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur (VII, 5), sich kein Beispiel für res quae usu minuuntur in dem Sinne von „abnützbaren“ Sachen findet, andererseits aber „odores et aromata“ angeführt werden, also Quantitäten von Dingen, bei denen durch den Gebrauch zunächst ein „minui“ und dadurch schließlich ein „consumi“ eintritt.[4])

Beispielsweise werden als solche res consumptibiles aufgezählt: vinum, oleum, frumentum, vestimenta, pecunia numerata (Inst. II, 4 § 2), lana, odores, aromata (D. VII, 5 l. 11).

b)

§ 2.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft suchte nun den Begriff der res quae usu consumuntur genauer festzustellen. Da die Quellen sagten, der Quasiusufruktuar habe res eiusdem qualitatis zurückzugeben (vgl. D. VII, 5 l. 7), so stellte man die res quae usu consumuntur mit den res quae pondere numero mensurave constant (vgl. Inst. III, 14 pr.) zusammen und identifizierte diese beiden Kategorien von Sachen, die die Römer stets auseinander-

[1]) So Bekker a. a. O. S. 302.
[2]) vgl. auch Mot. Bd. 3 S. 35.
[3]) So Ihering a. a. O. S. 405.
[4]) So auch Büldt a. a. O. S. 13.

gehalten haben.[1]) So sprach die gesamte ältere gemeinrechtliche Literatur mit einem, wie Savigny es nennt, „barbarisch" gebildeten Ausdruck von „Fungibilien" oder „verbrauchbaren Sachen". Der Ausdruck res fungibilis scheint zuerst von Zasius wohl in Anlehnung an D. 12, 1 l. 2 § 1 quia in genere suo functionem recipiunt angewendet zu sein.[2]) Allmählich bürgerte sich der Ausdruck „verbrauchbare Sachen" ein.[3]) Windscheid schlug „verbrauchliche" oder „Verbrauchssachen" vor, hat aber keine Nachfolger gefunden.[4]) Man erkannte, daß es jedenfalls vertretbare Sachen gäbe, die nicht verbrauchbar seien, behauptete aber ziemlich allgemein, daß die verbrauchbaren Sachen immer vertretbar seien. So sagt Böcking (a. a. O. S. 267): „Sachen, welche nur durch die Zerstörbarkeit ihrer Individualität Bedeutung als Rechtsobjekte haben, können eben deshalb nur ihrer Gattung nach als Gegenstände des rechtlichen Willens fortexistieren, und daher kommt die natürliche Verbrauchbarkeit im Rechte nur als Grund der Vertretbarkeit in Betracht". So auch Czyhlarz (a. a. O. S. 77): „Die verbrauchbaren Sachen sind immer vertretbar, dagegen die Inkonsumptibilien nicht immer unvertretbar".[5])

---

[1]) s. auch Roguin a. a. O. S. 142: . . . il importe de mettre en lumière qu'en aucun passage, sauf erreur, les juristes de l'Empire n'ont comparé les deux divisions.

[2]) s. Savigny a. a. O. S. 123 N. a Bd. 6. Für die ältere Literatur vgl. besonders Glück a. a. O. S. 392 ff.

[3]) vgl. auch Wendt a. a. O. S. 441: „Die Pandektenlehre hatte seit dem 16. Jahrhundert das völlig unverständliche und barbarische Kunstwort der Fungibilien und noch in den Code Napoléon waren danach die choses fongibles aufgenommen. In Deutschland war zum Anfang des 19. Jahrhunderts, wenn eine Übersetzung versucht wurde, noch das Wort der verbrauchbaren Sachen üblich, obwohl damit eine handgreifliche Verwechselung mit einer zweiten Gruppe von Sachen geschah. Doch hat die Theorie noch bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts mit der Trennung der beiden Gruppen zu tun gehabt".

[4]) vgl. Windscheid a. a. O. S. 701 Anm. 1.

[5]) Übrigens trat auch in der zeitgenössischen französischen Literatur dieselbe Verwechselung und Vermischung der Begriffe zutage. So heißt es z. B. in den bei Glück a. a. O. S. 412 zitierten französischen Pandekten: „Il est évident que l'usufruit, à l'égard des choses fongibles, ne peut jamais être, qu'un simulacre, une image d'usufruit, et que c'est avec raison, que les Jurisconsultes ont appelé ce droit un quasi-usufruit".

Erst Goldschmidt (a. a. O. S. 543 Anm. 35) hat mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß ebensowenig wie alle vertretbaren Sachen verbrauchbar seien, auch umgekehrt alle verbrauchbaren Sachen vertretbar seien. In Gestalt seines nachher oft zitierten „Kunstwerks von Konditorware" hat er eine unstreitig verbrauchbare, aber nicht vertretbare Sache aufgewiesen. Freilich ist ja ohne weiteres zuzugeben, daß die meisten verbrauchbaren Sachen, wie fast alle Lebensmittel, auch vertretbar sind; aber dies ist nur eine zufällige Erscheinung, die mit dem Wesen der beiden Begriffe nichts zu tun hat. Richtig hat schon Savigny das Verhältnis der beiden Klassen erkannt, wenn er (a. a. O. S. 124 N. b) sagt: „Die Eigenschaften der Quantitäten" — darunter versteht er die vertretbaren Sachen, welchen Ausdruck er als unverständlich mißbilligt — „und der verbrauchbaren Sachen sind an sich selbst ganz verschieden, obgleich sie in der Anwendung meist an denselben Sachen zusammentreffen".

§ 3.

Abgesehen von dieser „Konfundierung" der beiden Begriffe Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit war man sich über den letzteren Begriff, seine Tragweite und seine Grenzen überhaupt nicht klar. Wenn Keller definiert (a. a. O. S. 105): „Verzehrliche Sachen sind solche, die durch den naturgemäßen Gebrauch vernichtet, verringert oder verändert werden", so ist doch zu entgegnen, daß dann wohl alle Sachen „verzehrliche" sein würden. Wohl veranlaßt durch den Zusatz in der Titelüberschrift in D. VII, 5 „vel minuuntur" nahm Göschen eine Dreiteilung der Sachen hinsichtlich ihrer Verbrauchbarkeit vor, indem er zwischen die unverbrauchbaren und die verbrauchbaren Sachen eine Mittelklasse von Sachen einschob, die

> „durch einmaligen, ja selbst durch mehrmaligen Gebrauch nicht vernichtet werden, auch keine wesentliche Umwandelung erfahren, und ebensowenig in unserm Eigentum zu sein aufhören, aber dennoch bei längerem Gebrauch bedeutend leiden" (a. a. O. S. 231).

Diesem scheint Windscheid zu folgen, wenn er (a. a. O. S. 701) als eine besondere Klasse die sogen. abnützbaren Sachen

erwähnt und darunter solche Sachen versteht, „die allmählich in einen Zustand versetzt werden, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden". Da aber dieser Begriff ohne praktische Bedeutung ist, so ist er wohl besser zu vermeiden; denn entweder gehören diese „abnützbaren" Sachen zu den verbrauchbaren oder zu den unverbrauchbaren Sachen.[1]) Ebenso hat es m. E. wenig Wert, die nicht verbrauchbaren Sachen als „dauerbare" zu bezeichnen.[2]) Später bestimmte man dann die „verbrauchbaren Sachen" genauer als solche, „welche durch den ordnungsmäßigen, d. h. in der Bestimmung der Sache liegenden, einmaligen Gebrauch in ihrer Art vernichtet werden",[3]) oder als solche, „deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benützung mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität verbunden ist",[4]) oder als solche, „deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht".[5])

§ 4.

Die praktische Bedeutung der Einteilung in verbrauchbare und nicht verbrauchbare Sachen war und ist ja auch heute vorwiegend die, daß das Nießbrauchsrecht an ersteren vollkommen seine juristische Natur ändern mußte. An Sachen, deren Gebrauch im Verbrauch besteht, ist ein Nutzungsrecht unter Erhaltung der Substanz, wie es der regelrechte Nießbrauch erfordert, nicht möglich. Deshalb erhielt der Quasiusufruktuar an verbrauchbaren Sachen Eigentum unter der durch Kaution sicherzustellenden Verpflichtung, tantundem eiusdem qualitatis oder den Wert bei Beendigung des Nießbrauches zurückzuerstatten.[6]) Weil nun

[1]) So auch richtig Hanausek a. a. O. S. 14.

[2]) vgl. Arndts, Pand. S. 69 Anm. 1.

[3]) So Wächter a. a. O. S. 218.

[4]) Arndts a. a. O. S. 69.

[5]) Windscheid a. a. O. S. 701; ähnlich auch Regelsberger a. a. O. S. 380 und Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 172.

[6]) Die cautio quasiusufructuaria hatte im älteren römischen Recht, als nuda pacta klaglos waren, obligationsbegründende Wirkung, sie war das „remedium" (D. VII, 5 l. 2 § 1), das den quasiusus fructus überhaupt ermöglichte. Im späteren römischen und im gemeinen Recht hatte sie wohl nur noch obligations-

der Quasiusufruktuar tantundem eiusdem qualitatis nur bei solchen verbrauchbaren Sachen zurückgeben kann, die zugleich vertretbar sind, so kam, offenbar aus diesem Grunde, Bürkel (a. a. O. S. 15) dazu, zu behaupten: „Der Begriff der Verbrauchbarkeit und Unverbrauchbarkeit ist bei der Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch in erster Linie maßgebend; in zweiter kommt noch der Begriff der Vertretbarkeit in Berücksichtigung". Diese Ansicht wird zwar auch sonst noch vertreten,[1]) ist aber m. E. unrichtig. Der Quasiusufruktus ist von den Römern nur mit Rücksicht auf die verbrauchbaren Sachen ausgebildet worden, und er hat auch grundsätzlich mit vertretbaren Sachen nichts zu tun. Verwendet man den Begriff der Vertretbarkeit, so verwischt man die Unterschiede zwischen Darlehen und Quasiusufruktus, die die Römer deutlich betont haben (vgl. Inst. II, 4 §§ 2 u. 3, 14 pr.). Es würde dann der Quasiusufruktus als bloße historische Reminiszenz ruhig in dem Begriff des Darlehens aufgehen können. Die Unterschiede (Kaution und Endigungsgründe) wären doch zu geringfügig und äußerlich.

Da bei der Konstruktion dieses Quasiusufruktus kein dingliches Recht an fremder Sache mehr vorliegt, sondern vielmehr Eigentum,[2]) belastet mit der obligatorischen Verpflichtung der

---

sichernde Wirkung (vgl. D. VII, 5 l. 5 § 1, wo dem Besteller nach Beendigung des Nießbrauchs eine Kondiktion auf Rückgewähr [von tantundem bezw. des Wertes] zugestanden wird, auch wenn keine cautio bestellt worden ist, „nec cautio interveniat"). Vgl. Hanausek a. a. O. S. 37 u. Büldt a. a. O. S. 33. Durch die cautio war der Quasiusufruktuar verpflichtet zur Restituierung von tantundem eiusdem qualitatis aut aestimatis rebus certa pecunia (D. VII, 5 l. 7). Ob hierin eine eigentliche Alternativobligation zu erblicken ist, war im gemeinen Recht sehr bestritten, vgl. dazu Büldt a. a. O. S. 35 und die dort Angezogenen und Dernburg, Pand. S. 602, dessen Ansicht wohl die Quellen für sich hat (D. VII, 5 l. 7 „quod et commodius est"). Jedenfalls aber muß eine Schätzung der zum Nießbrauch gegebenen Sachen erfolgt sein und dieser festgestellte Schätzungswert der Rückgabeverpflichtung zugrunde gelegt sein („aestimatis rebus" l. c.).

[1]) vgl. besonders Karlowa a. a. O. S. 423.

[2]) Der Quasiusufruktuar erhält freies, unbeschränktes, nicht revokables Eigentum (vgl. D. VII, 5 l. 7 „propietas" ad legatarium transferri potest). M. E. ist es deshalb nicht zutreffend, den Quasiusufrukt ein dingliches Recht an fremder Sache zu nennen, wie Dernburg, Pand. S. 589 es tut, wenn es freilich auch richtig ist, daß der Quasiusufrukt die Zwecke des Usufrukts verfolgt.

Rückerstattung (der gleichen Quantität oder des Wertes), so hat man das ganze Institut des Quasiusufruktus in das Obligationenrecht versetzen wollen.[1] Dennoch ist der Quasiusufruktus dem wahren Usufruktus näher verwandt als dem von den älteren Schriftstellern oft mit ihm verglichenen Darlehen.[2]

Denn die Übertragung des Eigentums ist hier sozusagen nur Mittel zum Zweck;[3] das soll heißen: Da man an Sachen, deren Gebrauch im Verbrauch besteht, ein beschränktes, dingliches Nutzungsrecht nicht übertragen kann, so muß man dem Berechtigten, soll er Vorteil davon haben, das volle im Eigentum liegende Nutzungsrecht zuwenden.[4]

Ganz passend und quellenmäßig (vgl. D. VII, 5 l. 2 § 1 quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset...) hat man das Verhältnis im Gegensatz zum wahren, eigentlichen Nießbrauch „uneigentlichen" genannt und nennt es heute noch so.

§ 5.

Wie oben S. 3 erwähnt, rechnet Justinian in den Inst. II, 4 § 2 unter die res quae ipso usu consumuntur, an denen neque naturali ratione neque civili ein verus ususfructus möglich sei, die vestimenta, während in zwei Stellen der Digesten (D. VII, 1 l. 15 §§ 4, 5 u. D. VII, 9 l. 9 § 3) ein wahrer Nießbrauch an ihnen anerkannt ist. Dieser scheinbare Widerspruch hat im gemeinen Recht zu der berüchtigten Kontroverse über die Natur des Kleidernießbrauches (oder auch mit anderen Worten darüber,

---

[1]) vgl. z. B. Elvers a. a. O. S. 578.

[2]) vgl. z. B. Bürkel a. a. O. S. 41 ff.: „Wird durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ein unverzinsliches Darlehen gegeben, zurückzahlbar im Falle des Todes oder einer capitis deminutio und gesichert durch satisdatio, so ist der Inhalt des quasiususfructus pecuniae vorhanden". Demgegenüber muß aber bemerkt werden, daß das Sc. Macedonianum nur auf das Darlehen Anwendung fand. Ferner ist zu betonen, daß eben sachenrechtliche, dem wahren Nießbrauch analoge Grundsätze Begründung und Beendigung des Quasinießbrauchs regeln.

[3]) Vergleichbar etwa der „fiducia", dem altrömischen Eigentumspfande, bei der die Übertragung des Eigentums nur zu Pfandzwecken erfolgt.

[4]) vgl. auch Karlowa a. a. O. S. 421.

ob Kleider zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen seien oder nicht) geführt, die einen derartigen Umfang angenommen hat, daß man in Anlehnung an ein bekanntes Scherzwort Iherings die gemeinrechtlichen Schriftsteller in solche einteilen könnte, die ihre Ansicht über den Kleidernießbrauch in geistreicher und mitunter auch weniger geistreicher Weise[1]) kundgegeben haben, und in solche, die es nicht getan haben, wobei die Zahl der letzteren verschwindend klein sein dürfte. Deshalb ist es für einen, der sich mit der Natur der verbrauchbaren Sachen beschäftigt, kaum möglich, achtlos an dieser pulchra et nobilis quaestio, wie sie ein älterer Jurist nennt,[2]) vorbeizugehen.

Es kann hier nicht der Ort sein, sämtliche im Laufe der Zeit aufgestellten Ansichten über diese Frage anzuführen, wie es in ausführlicher Weise für das ältere Recht Glück (a. a. O. S. 392 ff.) und auch Held (a. a. O. S. 41 ff.) getan haben.

Es soll hier nur auf einzelne bestimmte Ansichten etwas näher eingegangen werden, weil die Frage auch heute noch keineswegs geklärt ist. Auch ist sie von praktischer Bedeutung; sieht man die Kleider als verbrauchbare Sachen an, so sind sie im Zweifel Objekte des uneigentlichen Nießbrauches und der Berechtigte braucht bei Beendigung des Quasiusufruktus nur ihren Wert zurückzuerstatten. Sieht man sie aber als unverbrauchbare Sachen an, so wird das Recht ein wahrer Nießbrauch und der Nießbraucher muß sie in specie restituieren.

Donellus (de iure civ. lib. X. cap. IV, 5) sucht den Widerspruch dahin aufzulösen, daß er annimmt, Justinian habe an Stelle der Kleider *μετωνομικῶς* aut si quis mavult *συνεκχικῶς*, wie er sich ausdrückt, die lana, die Wolle, aus der die Kleider gemacht würden, gemeint, so daß also vestimenta gesetzt sei pro re et materia, unde vestimenta conficiuntur. Beruhigt schließt er seine interessante Lösung: et certe lana numeratur inter res huius generis, non autem vestimenta, ohne uns freilich für diese Hypothese irgendeinen Beweis zu erbringen.[3])

---

[1]) s. Held a. a. O. S. 42.

[2]) s. Bürkel a. a. O. S. 75.

[3]) So mit Recht auch Frank a. a. O. S. 16.

Ähnlich will Hanausek (a. a. O. S. 18 ff.) unter vestimenta in Inst. II, 4 § 2 „Tuch- und Leinenvorräte" verstanden wissen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch ohne Verarbeitung kaum möglich sei. Auch dieser Lösungsversuch hat etwas ziemlich Willkürliches. Deshalb will H. schließlich die Macht der Zahl entscheiden lassen und meint, daß gegenüber den zwei Pandektenstellen die eine Institutionenstelle zurücktreten müßte. Doch auch dieses Argument der Überzahl ist etwas sehr Äußerliches und deshalb nicht sehr stark.

Ein älterer Jurist, Vinnius (a. a. O. S. 224), sucht die Frage auf sehr einfache Weise zu lösen. Nach seiner Ansicht gehören Kleider ihrer Natur nach nicht zu den res quae usu consumuntur, sondern sie seien nur res „quae longiore usu atteruntur". Dazu gehörten aber, wie er nicht unrichtig bemerkt, „mobilia fere omnia". Die mit seiner Ansicht nicht zusammenpassende Institutionenstelle fertigt er einfach und überraschend damit ab, daß er sagt: „temere atque inconsiderate Tribonianus inter res quae usu consumuntur refert vestimenta". Freilich, wird man entgegnen, ist damit die Stelle nicht aus der Welt geschafft.

Elvers (a. a. O. S. 595) meint, die verschiedenen Ansichten in den Quellen bewiesen eben, daß bei Kleidungsstücken jede der beiden Gattungen des Usus fruktus möglicherweise in der Absicht der Konstituenten liegen könne; es hätte eben Ulpian bei einigen Arten von Kleidern recht, bei andern Justinian. Freilich muß E. zugeben, „daß nicht in allen Fällen das Richtige so leicht zu finden sei"; es bedürfe häufig „großen juristischen Taktes", um eine „gerechte Entscheidung zu treffen". Nun ist aber „juristischer Takt" ein zu schwankender Boden, um darauf einen Rechtsbegriff zu gründen.

Schließlich soll noch die Lösung angeführt werden, die Ihering (a. a. O. S. 445 ff.) zu geben versucht. Zunächst weist er nachdrücklich darauf hin, daß die Quellenstellen durchaus in einem „gegenseitigen Ausschließungsverhältnis" ständen, da nach den Institutionen der Quasiususfrukt die einzig denkbare Form des Verhältnisses sei, während in den Pandekten beide Juristen, Ulpian und Pomponius, die Rechtsstellung des Usufruktuars

in dem betreffenden Fall „kategorisch lediglich" nach den Grundsätzen des eigentlichen Usufrukts bemäßen. Da beide Ansichten sich so widersprächen, so höben sie sich auf, und die Wissenschaft bekomme freie Hand und könne die Frage so entscheiden, als ob die Quellen gar nichts darüber enthielten. Danach sei im vorliegenden Fall an Kleidern wahrer Nießbrauch anzunehmen. Daß in den Institutionen neben frumentum die vestimenta stehen, sucht J. damit zu erklären, daß ursprünglich dort „esculenta" (Eßvorräte) gestanden habe, woraus durch ein Verhören des Abschreibers beim Diktieren „vestimenta" geworden sei. Aber das Verhören des Abschreibers kann J. uns nicht nachweisen. Nach wie vor bleibt die Frage unentschieden.

Wenn wir uns nun die fraglichen Quellenstellen etwas näher ansehen, so sagt Justinian in Inst. II, 4 § 2: „Bestellt aber wird der Nießbrauch nicht nur an einem Grundstück und einem Gebäude, sondern auch an Sklaven und Zugvieh und anderen Dingen mit Ausnahme solcher, die schon durch den Gebrauch verbraucht werden; denn diese vertragen weder nach natürlicher Auffassung noch nach positiver Zivilrechtsvorschrift einen Nießbrauch. Hierzu gehören Wein, Öl, Getreide und Kleidungsstücke. — In D. VII, 1 l. 15 § 4 sagt — mit Zugrundelegung der Arndtsschen Lesart,[1]) die nach der vorliegenden Mommsenschen Ausgabe durchaus natürlich erscheint[2]) — Ulpian: Wenn an Kleidungsstücken ein Nießbrauch vermacht ist, und zwar nicht in der Art, daß ein Nießbrauch an einer Quantität vermacht ist, dann darf der Nießbraucher dieselben nicht über Gebühr abnützen.

In D. VII, 9 l. 9 § 3 hält Ulpian des Pomponius Ansicht aufrecht: Wenn ein Nießbrauch an einem Kleide vermacht ist, so haftet der Nießbraucher, obwohl der Erbe sich hat versprechen lassen, das Kleidungsstück solle nach Beendigung des Nießbrauches zurückgegeben werden, doch nicht, wenn er es ohne Verschulden in beschädigtem Zustande zurückgibt.

Die beiden Pandektenstellen sagen doch nun nur, was geschieht,

---

[1]) vgl. dessen Gesamm. zivil. Schriften Bd. 1 S. 198.

[2]) übrigens ist gegenüber Hanausek a. a. O. S. 18 darauf hinzuweisen, daß schon von Wächtler 1681 diese Lesart vorgeschlagen ist; s. Elvers a. a. O. S. 595 Anm. z.

wenn an Kleidern ein wahrer Nießbrauch bestellt ist, aber keineswegs, daß nur ein wahrer Nießbrauch bestellt werden könne; ja die erste Stelle behält ausdrücklich den Quantitätsnießbrauch, also den Quasiususfrukt, als regelmäßig vor.

Nun sagt Justinian in Inst. II, 4 § 2 von den vestimenta, an ihnen sei ein verus ususfructus neque naturali ratione neque civili möglich. Das erkläre ich mir auf folgende Weise:

Die Institutionen sind laut kaiserlicher Erklärung (vgl. const. Imperatoriam) als ein mit Gesetzeskraft bekleidetes Lehrbuch gedacht. Daher wird hier die Regel klar herausgearbeitet und, um die cupida legum iuventus nicht zu verwirren, es so hingestellt, als gebe es eben nichts anderes als einen quasi ususfructus an vestimenta. Wie wir etwa auch dem Anfänger Ausnahmen von der Regel noch vorenthalten. Und diese Regel war bei den Römern eben der quasi ususfructus an vestimenta. Andererseits waren sie naturgemäß nicht so unbillig, in einzelnen Fällen nicht auch Ausnahmen zuzulassen. — Für die Römer waren Kleidungsstücke res quae usu consumuntur, und das spricht Justinian aus. Später haben sich die Kleider und die Anschauungen über ihre rechtliche Natur geändert, und der Begriff der Verbrauchbarkeit ist enger gefaßt worden; deshalb ist es eine ganz andere Frage, ob Kleider heute noch zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen sind.

§ 6.

Die berühmte Institutionenstelle Inst. II, 4 § 2 fährt, nachdem sie durch die Anführung der Kleider so viel Kopfzerbrechen verursacht hat, fort: quibus proxima est pecunia numerata. Das Währungsgeld, das Geld als gesetzliches Zahlungs- und Tauschmittel (das bedeutet wohl „pecunia numerata“) wird zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet; eine Erscheinung, die m. E. weit auffälliger ist als die Einreihung der Kleider in diese Klasse. Denn was wir auch mit dem Gelde machen, ob wir es behalten oder ob wir es ausgeben, immer bleiben doch die Geldstücke in ihrer Integrität erhalten (wie schon Donellus a. a. O. Kap. 4, 4 richtig bemerkt: ut enim maxime pecuniam cum re permutemus, solvamus, ant donemus alii: semper manent ipsa corpora). Die meisten Schriftsteller haben sich sehr kurz damit abgefunden, in-

dem sie sagen, die Konsumptibilität des Geldes sei damit zu erklären, daß das Geld für den, der es ausgibt, untergehe, vernichtet werde, wohl in Anlehnung an die Erklärung, die die Institutionen a. a. O. geben: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur.[1])

Eingehender hat sich neuerdings mit der Frage Hohenemser befaßt. Mit Recht weist er (S. 76 a. a. O.) darauf hin, daß die herrschende Lehre mit ihrer Erklärung nichts erkläre. Untergang, Vernichtung einer körperlichen Sache sei sonst im gewöhnlichen Sinne des Wortes ein äußerer, sinnlich wahrnehmbarer Vorgang. Nun sei es seltsam, daß ein derartiger Vorgang nur für eine bestimmte Person stattfinden sollte. H. meint nun, wenn die Römer von „consumere pecuniam" sprächen, so gebrauchten sie eine Fiktion, und zwar täten sie dies nur dann, wenn jemand Geld derart ausgegeben habe, daß früheres Eigentum daran nicht mehr verfolgt werden könne (S. 79). Sie erzielten damit eine große Vereinfachung des Ausdruckes. Außerdem brauchten auch die Rechtsfolgen, die eine derartige Verausgabung von Geld nach sich gezogen habe, nicht weitläufig umschrieben zu werden, sondern hätten einfach den Folgen einer wirklichen Konsumption gleichgestellt werden können. Daß die Römer mit Bewußtsein dieser Fiktion sich bedient hätten, zeige der oben angeführte Satz der Inst. II, 4 § 2: namque . . . quodammodo extinguitur. — H. geht bei seiner Untersuchung davon aus, „consumere" heiße: „eine Sache derart verwenden, daß sie aufhört zu existieren, oft auch einfach: vertilgen, vernichten" (s. S. 73). — Nun heißt aber consumere zunächst, worauf auch das sumere hindeutet: etwas ganz, völlig nehmen[2]) und erst in einer übertragenen Bedeutung verzehren, vernichten. — Dieser ursprüngliche Sinn des Wortes ist in die Rechtssprache aufgenommen worden, so daß in den Quellen unter „consumere" jede Beseitigung eines Vermögensstückes aus dem Vermögen einer Person, also unser „konsumieren", verzehren und veräußern zu verstehen ist. Das beweist z. B. D. 25, 2 l. 3 § 3: item rerum est, quod Ofilius ait etiam eas res quas divortii tempore mulier

---

[1]) vgl. z. B. Donellus a. a. O.; Vinnius a. a. O.; Windscheid a. a. O. S. 701 u. a.

[2]) s. Freund a. a. O. s. v. consumo.

comederit, vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit (vgl. auch D. 41, 3 l. 4 § 19). Wie eine Sache aus tatsächlichen Gründen (wenn sie physisch vernichtet ist) aufhört zu unserem Vermögen zu gehören, so auch aus rechtlichen Gründen (wenn wir das Eigentum daran verloren haben).

Die Römer sprechen nun von „consumere pecuniam" immer dann, wenn der Eigentümer des Geldes sein Eigentum verloren hat, wenn er das Geld nicht mehr „vindizieren" kann (vgl. z. B. D. 12, 6 l. 29; 46, 3 l. 14 § 8 u. a.). Die Römer waren sich aber dabei sehr wohl bewußt, daß zwischen dem Geld und den anderen „res quae usu consumuntur" ein gewisser Unterschied besteht. Darauf deutet der Satz hin in Inst. II, 4 § 2: „quibus proxima est pecunia numerata".

So erklärt sich m. E. mühelos die Konsumptibilität des Geldes.[1])

c)

Ähnlich wie in der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist der Begriff der Verbrauchbarkeit auch in den größeren Partikulargesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts verwendet:

§ 7.

So sagt das preuß. allgem. Landrecht:

I, 2 § 120: Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt;

§ 121: Wenn verbrauchbare Sachen Jemandem zum Verbrauch vergönnt werden, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte.

Damit gibt das Landrecht eine Definition der res quae usu consumuntur. Da es aber, sonst so kasuistisch alles bis in das Kleinste regelnd, die sogen. vertretbaren Sachen gar nicht erwähnt, so scheint es wie die ältere gemeinrechtliche Doktrin fungible und verbrauchbare Sachen für einerlei zu halten (worauf auch besonders

[1]) vgl. auch insbesondere R. Leonhard, Artikel consumere in Pauly-Wissowas Realenzykl. d. klass. Altertumswissensch. und desselben Kritik in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung Rom. Abt. Bd. 14 S. 280.

der Satz in § 121: „so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Art und Güte" deutet). Koch (Komm. z. ALR.), der diese Konfundierung der beiden Begriffe hervorhebt, scheidet seinerseits selbst nicht klar, wenn er (Anm. 99 zu § 120) sagt: „Vermutlich hat man hier die Sachen, welche nach ihrer Gattung und Güte in Betracht kommen (quae pondere numero mensura continentur), überhaupt und nicht bloß diejenigen derselben, welche durch ihren sachgemäßen Gebrauch verbraucht werden, andeuten wollen". Danach wären, was sie nicht sind, die verbrauchbaren Sachen nur eine Unterabteilung der vertretbaren Sachen.

Das Landrecht macht von diesem in § 120 definierten Begriffe eine Anwendung, die deutlich zeigt, daß es die beiden Begriffe der Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit nicht nur „nicht scharf auseinanderhält",[1]) sondern vollkommen verwechselt:

> I, 14 § 83: Sobald aber der Verwahrer sich dieser Erlaubnis zu bedienen anfängt, so geht das Geschäft, bei verbrauchbaren Sachen in einen Darlehens- und bei andern in einen Leih- oder Mietvertrag über.

Zu den verbrauchbaren Sachen rechnet es „Geld und geldgleiche Papiere"[2]) (§ 84). Auch kennt das Landrecht das Rechtsverhältnis, das das gemeine Recht Quasiususfrukt oder uneigentlichen Nießbrauch nannte:

> I, 21 § 173: Sind verbrauchbare Sachen zum Nießbrauche gegeben worden, so wird vermutet, daß nur ebenso viel Sachen von gleicher Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen.

Es läßt aber an verbrauchbaren Sachen auch eigentlichen Nießbrauch zu:

> § 174: Erhellet aber, daß nach dem Willen des Bestellers eben dieselben Sachen zurückgewährt werden sollen, so muß der Eigentümer sich mit dem begnügen, was

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 34 Anm. 2.

[2]) Daß das Landrecht auch die Umlaufsnatur des Geldes richtig gewürdigt hat, zeigt die Bestimmung in I, 15 § 45: „Bares kursierendes Geld kann gegen einen redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden, wenn selbiges auch noch unvermischt und unversehrt in dem Beutel oder andern Behältnisse, in welchem es vorhin gewesen ist, gefunden werden sollte".

davon, und in dem Stande, wie es alsdann nach wirtschaftlichem Gebrauche noch wirklich vorhanden ist.

§ 175: Der Nießbraucher ist in diesem Falle die Abnutzung nur so weit zu vertreten schuldig, als er sie durch Vorsatz oder grobes Versehen veranlaßt hat.

§ 8.

Der code Napoléon erwähnt ebenfalls nur die choses de consommation und scheint diese den choses fongibles gleichzusetzen:

art. 1874: il y a deux sortes de prêt: celui des choses dont on peut user sans les détruire et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle prêt à usage ou commodat; la deuxième s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt.[1])

Es gibt zwey Gattungen des Darlehns: Von Sachen, die man gebrauchen kann, ohne sie zu zerstören, Und von Sachen, die durch den Gebrauch, welchen man davon macht, verbraucht werden. Die erste Gattung wird Leihkontrakt oder Kommodat genannt. Die zweyte Gattung heißt: Darlehn zum Verbrauchen oder schlechthin: Darlehn.

art. 1892: le prêt de consommation est un contrat par le quel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage à la charge par cette dernière de lui rendre autant de même espèce et qualité.

Das Darlehn zum Verbrauchen ist ein Vertrag, wodurch ein Theil dem andern eine gewisse Menge (Quantität) von Sachen, welche durch den Gebrauch verzehrt werden, unter der Verbindlichkeit überliefert, daß letzterer ihm eben so viel, in derselben Gattung und Beschaffenheit, dereinst wieder geben soll.[2])

---

[1]) Die deutsche Übersetzung stammt aus Napoleons Gesetzbuch für das Königreich Westfalen.

[2]) Das französische Recht legt also im Gegensatz zum römischen und heutigen deutschen bürgerlichen Recht dem Darlehn den Begriff der Verbrauchbarkeit zugrunde; das zeigt die Verschwommenheit der Begriffe „Verbrauchbarkeit" und „Vertretbarkeit" im code civil.

art. 587 definiert — in Übereinstimmung mit der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft — le quasiusufruit:

> si l'usufruit comprend des choses dont ou ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usifrutier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit.
>
> Geht der Nießbrauch auf solche Sachen, die man nicht gebrauchen kann, ohne sie zu verbrauchen, zum Beyspiel Geld, Getreide, Getränke: so ist der Nießbraucher berechtigt, sich derselben zu bedienen, jedoch unter der Verbindlichkeit, bey Erlöschung des Nießbrauches Sachen von derselben Größe und Beschaffenheit, auch von dem nämlichen Werthe, oder deren Schätzungspreis zu erstatten.

Besonders erwähnt der code civil noch den Nießbrauch an Sachen „qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants", solche Sachen, „die durch den Gebrauch zwar nicht gleich verbraucht, aber doch nach und nach abgenutzt werden, als Leinwand, Meubles" (art. 589).

§ 9.

Auch das österr. Bürgerliche Gesetzbuch spricht nur von verbrauchbaren Sachen:

> § 301: Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber unverbrauchbare Sachen.

Offenbar identifizierten die Verfasser des Gesetzes wie die des preuß. Landrechtes Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit. Es ist nun interessant, daß Unger (a. a. O. S. 408), der diese Identifizierung für „ganz unrichtig" hält, selbst eine ganz eigenartige, nach unseren heutigen Anschauungen unrichtige Ansicht hat, wenn er behauptet, die Verbrauchbarkeit sei bloß eine natürliche Eigenschaft der Sache, die für das Rechtsgebiet nur insofern von Interesse sein könne, als sie die Grundlage der juristischen Eigen-

schaft der Sachen, ihrer Vertretbarkeit, sei. Deshalb werde man berechtigt sein, in allen Fällen, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch von Verbrauchbarkeit spreche, darunter die „juristische Qualität“ der Vertretbarkeit zu verstehen.

§ 10.

Dagegen ist das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in der Begriffsentwicklung bedeutend fortgeschritten.

Es scheidet deutlich die Begriffe Vertretbarkeit (s. § 61) und Verbrauchbarkeit (§§ 623, 624).

> § 623: Bei einem Nießbrauch an Sachen, deren Nutzung darin besteht, daß sie verzehrt, verbraucht oder veräußert werden, insbesondere auch an einem Waarenlager, wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen, er darf sie verbrauchen und veräußern, trägt die Gefahr derselben und gewährt, sofern er sie nicht um eine bestimmte Summe angenommen hat, bei Erlöschung des Nießbrauches nach seiner Wahl Sachen derselben Gattung und Güte oder den Werth, welchen sie zur Zeit der Entstehung des Nießbrauches gehabt haben.

Besonders regelt das Gesetz noch den Nießbrauch an Kleidern, den im gemeinen Recht so sehr umstrittenen:

> § 624: An Gegenständen der Bekleidung findet der Nießbrauch nach den Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen statt, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist.

II.

a)

Diesen von den Römern zuerst aufgestellten, im gemeinen Recht und in den Partikulargesetzen weiter entwickelten Begriff der „verbrauchbaren Sachen" finden wir nach verschiedenen Richtungen hin weiter ausgestaltet im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

So sagt § 780 des 1. Entw.:

> Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind diejenigen beweglichen Sachen, welche durch Verbrauch oder Veräußerung genutzt zu werden pflegen.
>
> Als verbrauchbare Sachen gelten auch diejenigen beweglichen Sachen, welche zu einem Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

Später hat man die allgemeinen Vorschriften über die Sachen in einem besonderen zweiten Abschnitt des Allgem. Teils zusammengefaßt und dahin auch den § 780 aus dem Sachenrecht gestellt. So lautet er jetzt als § 92 formell nur wenig geändert:

> Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht.
>
> Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

§ 11.

Zunächst ist nun nachdrücklich zu betonen, daß die Eigenschaft der Abnützbarkeit zur Begriffsbildung nicht herangezogen werden kann. — Abnützbar, verbrauchbar in diesem Sinne, ist jedes

irdische Ding. Dem Zahn der Zeit widersteht nichts. Seidene Kleider, eiserne Töpfe, Hüte, Rasiermesser, Häuser, alles währt nur seine Zeit; Wasser vertrocknet, Eisen rostet, „gutta cavat lapidem“ sagt schon Ovid. — Auch der Grad der Abnützbarkeit — was die ältere gemeinrechtliche Lehre oft angenommen hatte, übrigens auch heute noch vertreten wird — kann nicht entscheiden; denn dann läßt sich kaum eine Grenze ziehen. Überdies wirkt da eine Summe von äußeren Einflüssen zusammen, die sich nicht feststellen lassen. Eisenbahnschienen werden oft rascher abgenutzt als manche Kleider. — Wein, gewisse chemische Substanzen wie Schießpulver, auch Kaffee halten sich verhältnismäßig sehr lange, und gerade diese Dinge werden doch unbestritten zu den „verbrauchbaren Sachen“ gerechnet. Das Entscheidende liegt also nicht, wie behauptet worden ist, in der langsameren oder schnelleren Abnützung,[1]) sondern kann nur, soll der Begriff der Verbrauchbarkeit einige Festigkeit gewinnen, darin liegen, daß primo usu sofort durch einmaligen Gebrauch die Sache in ihrer bisherigen (wirtschaftlichen) Existenzform vernichtet wird. Vgl. auch Roguin (a. a. O. S. 155): elles sont, diton communément, celles qui ne survivent pas au premier usage que l'on en fait.[2])

§ 12.

Der Gebrauch soll ferner, wie das Gesetz sagt, der „bestimmungsmäßige“ sein. Gegeben wird die Bestimmung durch die Verkehrsübung (vgl. Mot. Bd. 3 S. 34): „Das objektive Merkmal der Verbrauchbarkeit liegt somit in der Art und Weise, wie nach der bestehenden Sitte und Übung mit der Sache bei deren Verwendung für das menschliche Bedürfnis verfahren wird“.

---

[1]) vgl. z. B. Cosack a. a. O. S. 138.

[2]) In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht verschiedentlich ausgesprochen, vgl. z. B. Entsch. in Zivils. Bd. 49 S. 304ff. „. . . der Begriff der Dauer ist . . . ein relativer; dies ändert aber nichts an der Begriffsverschiedenheit des Gebrauchs, welcher die Dauer in sich schließt, von dem Verbrauch, dem dieses Begriffsmerkmal fehlt“. s. auch in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 1150: „Die deutsche Sprache scheidet die Ausdrücke ‚Gebrauch‘ und ‚Verbrauch‘ in dem Sinne, daß unter dem letzteren Ausdruck ein Gebrauch, der mit der Zerstörung des Wesens der benutzten Sache verbunden ist, verstanden wird“.

Deshalb bleibt Wein eine verbrauchbare Sache, wenn er auch etwa einmal zum Baden benützt wird,[1]) und Obst hört nicht auf dazu zu gehören, wenn es auch etwa dazu verwandt wird, in einer Obstbauausstellung den Besuchern die Reichhaltigkeit und Schönheit des heimischen Obstes vorzuführen.[2])

Also einmaliger, bestimmungsmäßiger Gebrauch muß die Sache wirtschaftlich vernichten. — Nun gibt es freilich Sachen, bei denen die wirtschaftliche Zweckbestimmung nicht deutlich hervortritt. „Der Ochse", sagt Bürkel (a. a. O. S. 9), „erfüllt, wenn er als Zugvieh gebraucht wird, eine naturgemäße Bestimmung nicht minder, als wenn er als Mastvieh verbraucht wird." Auch sonst finden sich wohl solche Dinge. Das Huhn, könnte man sagen, erfüllt seine Bestimmung für die menschliche Wirtschaft nicht minder, wenn es Eier legt, als wenn es gebraten verzehrt wird. Das Wasser dient nicht minder zum Trinken wie zum Waschen und Baden, es treibt, verwandelt in Dampf, die Schiffsmaschinen und trägt ohne jede Veränderung das Schiff. — Das wird man eben zugeben müssen. Im allgemeinen aber lassen sich die Sachen mühelos in eine der beiden Klassen nach der gegebenen Definition reihen.

Wein, einmal zweckentsprechend verwendet, nämlich getrunken, ist als solcher aus dem Wirtschaftsleben verschwunden; ein Streichholz, einmal angezündet, ist für den Verkehr kein Streichholz mehr; Kohlen, als Heizmaterial bestimmungsmäßig benützt, sind für die menschliche Wirtschaft vernichtet. Dagegen gehören nicht hierher Schreibmaterialien, wie Müller und Meikel (a. a. O. S. 91) behaupten, denn die Feder erfüllt doch wohl ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung nicht, wenn sie bei einmaligem Gebrauch zerbricht, und die Tinte nicht, wenn sie sofort verschwindet. Ebenso muß es Widerspruch hervorrufen, wenn Müller und Meikel (a. a. O.) sagen: „Kleider sind ebenfalls verbrauchbare Sachen, denn ihre von der tatsächlichen Verwendung unabhängige Bestimmung ist der Verbrauch". — M. E. gehören Kleidungs-

---

[1]) vgl. die über den König Jerome von Westfalen in Umlauf gesetzte Anekdote.

[2]) Auch umgekehrt werden Tische und Bänke nicht etwa „verbrauchbare Sachen", wenn sie ihr Eigentümer zum Heizmaterial bestimmt.

stücke durchaus zu den unverbrauchbaren Sachen, und zwar insgesamt: sowohl der „schöne Zobelpelz, der mehrere Generationen hindurch brauchbar sein kann", wie „weiße Glacéhandschuhe",[1]) „Pelze, Waffenrüstungen, Schmuckgegenstände"[2]) und „Arbeitskleider";[3]) auch „Papierkragen und Ballroben".[4]) Von den genannten Schriftstellern werden diese bald unter die verbrauchbaren, bald unter die unverbrauchbaren Sachen gezählt. Es spielt eben immer der oben schon abgelehnte Begriff der schnelleren Abnützbarkeit hinein, wie es besonders Cosack beweist, wenn er sagt: „Verbrauchbar heißen Sachen, die durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch verbraucht, d. h. zerstört oder schnell abgenützt werden" (a. a. O. S. 138).

Die Bestimmung der Kleider ist doch, die Anforderungen, die Klima, Kultur und Sitte stellen, zu erfüllen. Wenn Papierkragen sich schneller verbrauchen als Pelze, so ist das für ihren Besitzer eine „unerwünschte Nebenfolge", wie ganz richtig die Motive (Bd. 3 S. 35) sagen, aber nicht deren wirtschaftliche Zweckbestimmung.[5])

§ 13.

Neben diesem engeren Begriffe der Verbrauchbarkeit kennt das Bürgerliche Gesetzbuch noch einen weiteren, indem es verbrauchbar auch die Sachen nennt, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht. Dazu gehört in erster Linie das schon von den Römern zu den res quae usu consumuntur gezählte Geld,[6]) ferner aber auch solche Sachen, „welche zwar nicht zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, aber doch tatsächlich die Funktion des Geldes zu versehen pflegen", also etwa

---

[1]) Elvers a. a. O. S. 595.

[2]) Leonhard, Artikel consumere.

[3]) Cosack a. a. O. S. 138.

[4]) Hanausek a. a. O. S. 14 Anm. 13.

[5]) Richtig BGB., Komm. von RGRäten Bd. 1 Anm. 4 zu § 92: „Der bestimmungsmäßige Gebrauch besteht in dem Verbrauch, z. B. bei Lebensmitteln, Brennstoffen; nicht aber bei Kleidungsstücken, auch wenn sie ‚nur kurze Zeit' benutzbar sind".

[6]) Das Geld besonders im Gesetz zu erwähnen, hat man, trotzdem es von der Kritik verlangt worden war, nicht für notwendig gehalten, s. Prot. Bd. 3 S. 2.

die Reichskassenscheine und Banknoten. Seltsamerweise rechnet Regelsberger (a. a. O. S. 381) „Banknoten mit Nummern" zu den nicht verbrauchbaren Sachen. Zunächst dürfte es Banknoten ohne Nummern nicht geben, und dann ist nicht abzusehen, was eine Banknote für eine Bestimmung haben sollte, wenn sie nicht veräußert wird.[1])

§ 41.

Noch bedeutend ausgedehnt hat das Gesetz den Begriff der verbrauchbaren Sachen dadurch, daß es im Abs. 2 des § 92 gewisse Sachen, die an sich nicht zu den verbrauchbaren gehören würden, diesen gleichgestellt hat, wenn sie nämlich zu einem Sachinbegriff gehören, „dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht". Dem Sachinbegriff wohnt also eine besondere, eigenartige Kraft inne. Durch den bloßen Hinzutritt zu ihm erhalten die Sachen unter Umständen einen andern rechtlichen Charakter: aus unverbrauchbaren werden verbrauchbare Sachen.[2])

Da nun die Bildung des Sachinbegriffes im Belieben des einzelnen steht, so wird scheinbar der vom Gesetz so betonte objektive Charakter des Begriffes der Verbrauchbarkeit beträchtlich durchbrochen. Da aber der gebildete Sachinbegriff „objektiv verwirklicht und regelmäßig im allgemeinen erkennbar gemacht ist", so ist die objektive Natur doch aufrechterhalten. — Kohler (a. a. O. S. 457) spricht ganz passend hier von „relativ verbrauchbaren" Sachen.

Besonders hervorgehoben als praktisch häufigsten Fall, als

---

[1]) Auch börsengängige Wertpapiere, die in der Regel zu Spekulationszwecken verwendet werden, wird man hierher zu rechnen haben, nicht aber Briefmarken, da ihre Bestimmung doch wohl in erster Linie ist, eine Urkunde über einen Transportvertrag darzustellen, nicht aber veräußert zu werden, wenn sie freilich im Verkehre auch häufig statt Geld in Zahlung genommen werden. And. A. z. B. Hoffmann a. a. O. S. 64. Ebensowenig sind Eisenbahnfahrkarten oder Theaterbillets, obwohl sie natürlich einen gewissen Geldwert darstellen und auch veräußert werden, „verbrauchbare" Sachen; ihre verkehrsübliche Zweckbestimmung ist nicht ihre Veräußerung.

[2]) vgl. Sokolowski a. a. O. S. 384.

„typisches Beispiel", hat das Gesetz das Warenlager.[1]) Nägel, Schrauben, Schienen in einem Eisenwarengeschäft, Kleider in einem Kleidergeschäft sind rechtlich also verbrauchbare Sachen. Betont muß aber werden, daß nicht der Sachinbegriff an sich die Kraft hat, unverbrauchbare Sachen rechtlich zu verbrauchbaren zu machen, sondern nur der Sachinbegriff, „dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht". Entscheidend dürfte wieder die Verkehrssitte sein. So sind also Bücher in einer Buchhandlung verbrauchbare Sachen, dagegen in der Universitätsbibliothek nicht, ebenso Vieh im Viehbestande eines Viehhändlers, aber regelmäßig nicht bei einem Gutsbesitzer. Als verbrauchbar sind auch anzusehen die Stücke einer Auktionsmasse,[2]) die zum Packen eines Hausierers gehörigen Sachen.[3])

§ 15.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die verbrauchbaren Sachen durchaus nicht identisch sind mit den vertretbaren. Zwar sind sehr viele Sachen verbrauchbar und vertretbar. So sind Äpfel, Eier, Getreide verbrauchbar und kommen zugleich für den Verkehr „nach Zahl, Maß oder Gewicht" (§ 91) in Betracht. Allgemein bekannt ist ja auch, daß es zahlreiche Sachen gibt, wie etwa Nägel, Schrauben, Pflastersteine, die vertretbar, aber nicht verbrauchbar sind. Ebenso gibt es aber auch Sachen, die zwar verbrauchbar, aber keineswegs vertretbar sind: ein Kunstwerk des Kochs oder Konditors, das letzte Faß alten berühmten

---

[1]) Wenn ausgeführt worden ist, es hätte einer Veränderung des § 780 Abs. 2 des 1. Entw.: „Als verbrauchbare Sachen gelten auch diejenigen beweglichen Sachen, welche zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht" nicht bedurft, da ein Bedürfnis, das Warenlager als Beispiel hervorzuheben, nicht vorliege, denn die Eigenschaft eines Warenlagers als Sachinbegriff gebe neuem ernstlichen Zweifel nicht Raum (Mot. Bd. 3 S. 36; so auch Hoffmann a. a. O. S. 73), so ist doch zu sagen, daß die Hervorhebung nicht überflüssig ist, denn hier tritt die Bestimmung der Veräußerung besonders klar in die Erscheinung, auch ist es wohl der praktisch häufigste Fall eines solchen Sachinbegriffs.

[2]) s. Eck-Leonhard a. a. O. S. 98.

[3]) s. Enneccerus a. a. O. S. 287.

Weines,[1]) das von einem verstorbenen Arzte in beschränkter Quantität hergestellte Heilserum, dessen Zubereitung sein Geheimnis war, sind solche verbrauchbare, aber nicht vertretbare Sachen.

§ 16.

Es muß das auch heute noch hervorgehoben werden, weil neuerdings Roguin versucht hat, die herrschende Lehre von der Verschiedenheit der beiden Begriffe Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit zu erschüttern.

Er führt aus, der Begriff der Verbrauchbarkeit sei überhaupt zu verwerfen. Da es, wie es auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch gestatte, möglich sei, an verbrauchbaren Sachen einen eigentlichen und an unverbrauchbaren Sachen einen uneigentlichen Nießbrauch zu bestellen, also gewissermaßen eine verbrauchbare Sache im gegebenen Falle als unverbrauchbar und eine unverbrauchbare als verbrauchbar zu behandeln, so zeige dies, meint R., deutlich, daß die Einteilung in verbrauchbare und nicht verbrauchbare Sachen allein vom Willen der Parteien abhänge (vgl. a. a. O. S. 152: mais, alors c'est que précisément la division même dépend uniquement de la volonté). Bei allen Rechtsgeschäften komme es übrigens gar nicht darauf an, welchen Gebrauch tatsächlich der Betreffende von der Sache mache, sondern nur darauf, welcher Gebrauch ihm rechtlich gestattet sei (vgl. S. 164: ce n'est l'usage effectué des choses on susceptible physiquement de l'être, qui est la grande considération, mais uniquement celui permis juridiquement). Diese rechtlich gestattete (autorisée) Verbrauchbarkeit gehe aber auf in dem Begriff der Vertretbarkeit (S. 167). Deshalb sei der Begriff der Verbrauchbarkeit aus dem Rechte und aus den Gesetzen zu entfernen. Zu halten sei nur der Begriff der Vertretbarkeit, und diese bestehe darin, daß nach dem Willen der Parteien eine Sache durch eine gleichartige ersetzt werde. Ein gutes Gesetz könne nur Präsumtionen der Vertretbarkeit aufstellen (vgl. S. 167 a. E.). Diesen Ausführungen gegenüber ist zunächst zuzugeben, daß allerdings die Verbrauchbarkeit keine natürliche Eigenschaft der Sachen ist wie etwa die, daß

[1]) Bürkel a. a. O. S. 12.

ein Pferd vier Beine hat, sondern sie ist bedingt durch die Auffassung des Verkehrs, der gewisse Sachen eben nur durch Verbrauch oder Veräußerung zu nutzen pflegt. Hierzu wird der Verkehr aber durch bestimmte Eigenschaften der Sachen veranlaßt. Und dieser objektiv so genügend gekennzeichnete Begriff der Verbrauchbarkeit hat eine durchaus selbständige Bedeutung im Recht (vgl. II b). Ohne Verbindung mit dem Begriff der Vertretbarkeit bewirkt er, daß Rechte an derartigen Sachen eine andere Gestalt annehmen. Deshalb kann, wie Bürkel (S. 13 a. a. O.) richtig sagt, kein Gesetz den Begriff der Verbrauchbarkeit entbehren.[1])

§ 17.

Ein zweiter erwähnenswerter Angriff auf die herrschende Lehre ist von Petrazycki (a. a. O. S. 276ff.) gemacht worden. Entschieden zu verwerfen sei, so meint er, für das Recht der Gesichtspunkt der physischen Verbrauchbarkeit der Sachen. Von Wichtigkeit sei für das Zivilrecht nur das Verhältnis zwischen einem Kapital und einem Subjekt, wonach jenes für dieses als umlaufendes oder stehendes Kapital gelte. Unter umlaufendem Kapital versteht P. das zur Vernichtung in specie, unter stehendem das zum Gebrauch in specie bestimmte Kapital (S. 276). Diese Begriffe seien relative (S. 278). Als Anhaltspunkt für die Art des Kapitals, die in einem bestimmten Falle anzunehmen sei, verweist auch er schließlich auf „die allgemein übliche Benutzung der fraglichen Güter“ (S. 280). Damit erledigt sich m. E. von selbst der Angriff P.s auf die herrschende Lehre. Denn da diese „Benutzung“ bei bestimmten Sachen eben im Verbrauche besteht, so ist letzten Endes doch die „physische Verbrauchbarkeit“ der Sachen das Entscheidende.[2])

b)

§ 18.

Von Bedeutung ist der Begriff der verbrauchbaren Sachen auch im Bürgerlichen Gesetzbuch vornehmlich in dem Falle, wenn

---

[1]) vgl. auch die Ausführungen von Kipp bei Windscheid a. a. O. S. 703 Anm. 6.

[2]) So auch Eck-Leonhard a. a. O. S. 98 Anm. 1.

Eigentum und Nutzungsrecht auseinanderfallen. An Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in ihrem Verbrauch oder in ihrer Veräußerung besteht, ist ein (beschränktes) Nutzungsrecht schlechterdings nicht möglich und muß deshalb, um wirtschaftlich einen Wert zu haben, rechtlich zum Eigentum an den verbrauchbaren Sachen gesteigert werden. Das tut das Gesetz in § 1067. Es ist der Fall des gemeinrechtlichen Quasiusufrukts oder uneigentlichen Nießbrauches. Das Gesetz verwendet den Ausdruck jedoch nicht, sondern reiht den Begriff unter den des eigentlichen Nießbrauches, weil, wie die Motive (Bd. 3 S. 533) sagen, „man in besserer Übereinstimmung mit dem Wortsinne bleibt, wenn man den Ausdruck ‚Nießbrauch' im weiteren Sinne gebraucht und das Wesentliche des Nießbrauches in dem Zwecke desselben findet, dem Berechtigten ein unmittelbares Recht auf die Ziehung der Nutzungen nicht nur einer Sache, sondern eines Vermögensgegenstandes im allgemeinen zu geben".

Es wird also der Nießbraucher nach § 1067 Eigentümer der verbrauchbaren Sachen,[1]) und zwar, ohne daß der Wille der Parteien auf Eigentumsübertragung gerichtet zu sein braucht, „er darf nur, wie Crome (a. a. O. S. 532) richtig sagt, ihr nicht gerade entgegenstehen". Denn dann träte wegen der nur dispositiven Natur der Vorschrift eigentlicher Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen ein, was ebenso zulässig ist wie die ausdrücklich angeordnete Anwendung der Vorschriften des § 1067 auf nicht verbrauchbare Sachen (vgl. Mot. S. 534). Ohne den Willen der Beteiligten verwandelt sich der eigentliche Nießbrauch in uneigentlichen, d. h. finden die Vorschriften des § 1067 Anwendung, wenn eine Umwandelung der zum Nießbrauche gegebenen zunächst nicht verbrauchbaren Sache eintritt, z. B. „wenn eine metallene Statue zerschmilzt oder ein Tier stirbt". —

---

[1]) Man hat demzufolge das Verhältnis des uneigentlichen Nießbrauchs so zu konstruieren versucht, daß man gesagt hat, es liege einfach ein Fall der Eigentumstradition vor, und der Umstand, daß zwecks Begründung des quasiususfructus Eigentum übertragen werden solle, gehöre nur zu den Motiven des abstrakten Vertrages der Tradition. Richtiger ist wohl die Auffassung, daß der Wille der Kontrahenten auf Nießbrauchsbestellung gehe und bei Verfügungen über verbrauchbare Sachen durch dispositive Rechtsnorm dahin ergänzt werde, daß das Recht zum Eigentum erweitert werde; so auch die Mot. Bd. 3 S. 535.

Zwischen Besteller und Nießbraucher entsteht ein, wenn man so sagen will, gesetzliches Schuldverhältnis[1]: „nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er (der Nießbraucher) dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten" (§ 1067).

Damit hat das Gesetz die im gemeinen Recht für den Nießbraucher bestehende facultas alternativa: Wertersatz oder Rückgewähr von tantundem eiusdem qualitatis abgelehnt. Natürlich kann unter den Parteien vereinbart werden, bei vertretbaren Sachen nicht ihren Wert, sondern Sachen von gleicher Art und Güte zu erstatten.[2]) Maßgebend für den Wertersatz ist der Wert

---

[1]) Neben der Entstehung des Nießbrauchs (bei beweglichen Sachen) durch Bestellung steht gemäß § 1033 BGB. die durch Ersitzung. Fraglich ist nun, ob auch der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen durch Ersitzung begründet werden kann. Die Mot. Bd. 3 S. 535 bejahen die Frage unbedenklich: daß die Vorschriften über die Ersitzung auf den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen Anwendung litten, brauche nicht besonders hervorgehoben zu werden, weil die Inhabungsübergabe bei der Begründung des quasiususfructus in eine Besitzübergabe übergehe, mit dem Besitze also die Voraussetzung für die Ersitzung gegeben sei. Auch Planck, Komm. Bd 3 Anm. zu § 1067, entscheidet sich vorwiegend aus Billigkeitsrücksichten in bejahendem Sinne. — M. E. ist das sehr bedenklich. Nimmt z. B. jemand eine verbrauchbare Sache in der irrigen Annahme, es sei ihm davon der Nießbrauch bestellt, in Besitz, dann wird er doch, vorausgesetzt er befindet sich in gutem Glauben und die Ersitzungszeit ist abgelaufen, durch die Ersitzung Eigentümer der Sache. Wie ist aber die dem Eigentumserwerb entsprechende Wertrückerstattungsverpflichtung zu begründen? Schon nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts war die Ersitzung einer Obligation undenkbar; und das müßte man doch hier annehmen. Zwischen welchen Personen sollte sie überdies entstanden sein? Ein „Besteller" ist doch nicht vorhanden und nur ihm spricht das Gesetz in § 1067 den Anspruch auf Wertersatz zu. — Es ist also wohl die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Ersitzung auf den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen zu verneinen. Übrigens ist die Frage naturgemäß von wenig praktischer Bedeutung.

[2]) Übrigens können die Parteien auch vereinbaren, daß der Nießbraucher nicht das Eigentum, sondern nur ein „Verfügungsrecht" (etwa wie beim ehemännlichen oder elterlichen Nutznießungsrecht) erlangt. So wird es z. B. dem Parteiwillen bei dem Nießbrauch an einem Warenlager entsprechen, dessen Umsatz eine längere Zeit erfordert (Gemäldehandlung, Verlagsgeschäft u. a.). Hier würde den Absichten der Parteien und den Zwecken des Nießbrauchs schwerlich gedient sein, wenn der Usufruktuar Eigentümer der wertvollen Sachen würde und bei Beendigung den Nießbrauchs nur zum Wertersatz verpflichtet wäre (vgl. die Ausführungen von Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 233 ff.).

zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs, „weil andernfalls der zurückzugewährende Wertbetrag in Abhängigkeit treten würde von zufälligen Umständen, Sinken und Steigen des Preises“ (Mot. S. 536).

Beide Parteien können auf ihre Kosten den Wert durch Sachverständige feststellen lassen. Ist der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet, so kann der Besteller Sicherheitsleistung (vgl. darüber §§ 232 ff.) verlangen, also schon, wenn etwa zufällig ein Vermögensverlust des Nießbrauchers eintritt.[1]) Man könnte mit einem gewissen Rechte sagen, der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen habe mit dem eigentlichen Nießbrauch nicht viel mehr als Namen und wirtschaftlichen Zweck gemein;[2]) aber er ist doch Nießbrauch, und das ist namentlich für seine Beendigung von Bedeutung: er erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers bezw. mit dem Erlöschen der juristischen Person, der er zusteht (§ 1061). Auch § 1064 ist wohl anwendbar (Aufhebung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft.[3])[4])

Die Vorschriften des § 1067 finden entsprechende Anwendung, wenn ein Nießbrauch an einer Forderung besteht, deren Gegenstand verbrauchbare Sachen sind (§ 1075 Abs. 2); ebenso bei Inhaberpapieren und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören (§ 1084). Schließlich bestimmt noch § 1086 Satz 2, daß im Verhältnisse des Bestellers zu seinen Gläubigern bei verbrauchbaren Sachen, an denen der Nießbraucher das Eigentum erlangt hat, „an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes trete“; der Nießbraucher ist abweichend von den sonstigen Bestimmungen den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.[5])

---

[1]) So mit Recht Biermann Anm. zu § 1067.

[2]) So Crome a. a. O. S. 532.

[3]) And. A. Planck zu § 1067; dafür Biermann a. a. O.

[4]) Ganz unzweifelhaft ist die Frage nicht, denn wenn der Quasiusufruktuar auch zweifellos sein Recht, also das Eigentum aufgeben kann, so würde doch immer noch das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Besteller bestehen bleiben. Es muß also wohl noch ein Verzicht des Bestellers auf seinen Ersatzanspruch hinzukommen.

[5]) Ähnlich wie beim Nießbrauch liegt die Sache bei den obligatorischen Rechten, bei denen es sich um Gebrauchsüberlassung handelt, bei der Miete und

§ 19.

Bedeutung hat der Begriff der verbrauchbaren Sachen auch beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung.

Altes deutsches Recht hat sich hier erhalten. Der Sachsensp. I, 31 § 2 sagte: „Swenne ein man wîb nimt, so nimt her in sîne gewere al er gût zu rechter vormundeschaft“. Der Mann konnte also das Frauengut verwalten und nutzen, und zwar kraft eigenen, der Frau wie Dritten gegenüber wirksamen Rechtes. Damit hatte er ein umfassendes, fast eigentumsgleiches dingliches Recht an dem Vermögen der Frau. — Später hat sich unter Anlehnung an die römischen Begriffe daraus der sogen. usus-fructûs maritalis entwickelt. Der Begriff erklärt freilich das Wesen dieses Rechtes nicht. Man versteht darunter ein eigenartig modifiziertes Nießbrauchsrecht, ähnlich etwa dem Nießbrauchsrechte des Vaters am adventicium regulare der Kinder im späteren römischen Rechte: ein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht mit umfassenden Verfügungsbefugnissen. — Auch das allgem. Landrecht gibt dem Ehemann umfangreiche Verfügungsbefugnisse, II, 8 § 247 a. a. O. sagt: „Über die eingebrachten Mobilien hat der Mann die freie Verfügung“. Diese Entwicklung hat das Bürgerliche Gesetzbuch zum Abschluß gebracht. In dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung hat es altes deutsches Recht zur Geltung gebracht. Den Forderungen der Zeit entsprechend sind aber die Rechte des Mannes beschränkt worden. So bestimmt § 1375 a. a. O.: Das Verwaltungsrecht des Mannes umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen. Dieser Grundsatz ist bezüglich „verbrauchbarer Sachen“

Leihe. Das römische Recht sah in der Miete oder Leihe an „verbrauchbaren Sachen“ offenbar keine eigentliche Miete oder Leihe (vgl. D. 13, 6 l. 3 § 6: non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat). Nach heutigem bürgerlichen Recht ist gemäß dem Grundsatze der Vertragsfreiheit unbedenklich auch an „verbrauchbaren Sachen“ Miete oder Leihe möglich. Dort, wo freilich nach allgemeiner Anschauung der Zweck der Überlassung nur der Verbrauch ist (z. B. bei der sogen. Gas- oder Wassermiete), liegt natürlich „Kauf“ vor.

durchbrochen. Der Mann kann „ohne Zustimmung der Frau über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau verfügen" (§ 1376 Ziff. 1).[1]) Diese Verfügung soll der Mann freilich nur zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes vornehmen.[2]) Im übrigen muß er das zum eingebrachten Gut gehörende Geld nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften für die Frau verzinslich anlegen, während er andere verbrauchbare Sachen auch für sich veräußern oder verbrauchen darf und nur ihren Wert nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung ersetzen muß (§ 1377).

Den Gläubigern der Frau gegenüber ist er in diesem Falle zum sofortigen Ersatze verpflichtet (§ 1411 Abs. 2). Nach § 1392 braucht der Mann, wenn er zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, Inhaberpapiere, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören, nicht zu hinterlegen.[3])

§ 20.

Für die Errungenschaftsgemeinschaft bestimmt § 1540 hinsichtlich verbrauchbarer Sachen, die zum eingebrachten Gut eines Ehegatten gehört haben und nicht mehr vorhanden sind, daß zugunsten des Ehegatten eine doppelte Vermutung Platz greife: daß nämlich die Sachen in das Gesamtgut verwendet worden seien und daß dieses um den Betrag der Sachen bereichert sei.

---

[1]) Da gemäß § 92 Abs. 2 BGB. als verbrauchbar auch bewegliche Sachen gelten, die zu einem Warenlager oder sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht, so wird dadurch dem Ehemann die Möglichkeit gewährt, ein bisher von der Frau betriebenes Erwerbsgeschäft, welches sie selbst nicht fortführen will, im eigenen Namen und für eigene Rechnung weiterzubetreiben (vgl. Denkschr. S. 279).

[2]) Nichtsdestoweniger bleiben die konsenslosen Verfügungen des Mannes wirksam, auch wenn sie dem Zweck ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes zuwiderlaufen.

[3]) Die der Verfügung des Mannes unterworfenen Sachen bleiben im Eigentum der Frau. Das Verhältnis ist also verschieden von dem des sogen. uneigentlichen Nießbrauchs. Es kann jedoch letzterer durch Vertrag unter den Ehegatten begründet werden. Nach herrschender Ansicht ist jedoch hierzu ein Ehevertrag im Sinne des § 1434 nicht erforderlich.

§ 21.

Ähnlich wie der Ehemann gegenüber dem seiner Verwaltung und Nutznießung unterworfenen Vermögen der Frau steht hinsichtlich der verbrauchbaren Sachen der Vater gegenüber dem seiner Nutznießung unterliegenden Vermögen des Kindes. Er darf sie veräußern oder verbrauchen, Geld jedoch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, muß aber den Wert nach der Beendigung der Nutznießung ersetzen (§ 1653). Den Gläubigern des Kindes gegenüber ist der Vater zum „sofortigen Ersatze" verpflichtet (§ 1659 Abs. 2).

§ 22.

Nach § 1814 braucht der Vormund, und nach § 2116 der Vorerbe, Inhaberpapiere, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören, nicht zu hinterlegen.

§ 23.

Nach § 2325 kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn der Erblasser einem Dritten eine verbrauchbare Sache geschenkt hat, verlangen, daß der Wert derselben zur Zeit der Schenkung dem Nachlasse zwecks Erhöhung seines Pflichtteils hinzugerechnet wird.

§ 24.

Endlich spielt der Begriff der verbrauchbaren Sachen noch eine Rolle im Gesellschaftsrecht. Es sagt nämlich § 706: „Sind ... verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen".[1]) Es entsteht also eine sogen. societas quoad sortem,

[1]) Schon das römische Recht nahm offenbar bei der Konferierung verbrauchbarer Sachen, insbesondere von Geld in das Gesellschaftsvermögen gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter an den konferierten Sachen an; vgl. z. B. D. XII, 2 l. 58 § 1: et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret. quod non fieret, nisi societas coita esset. utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam. periit ... Ähnlich auch der code civil

was insofern wichtig ist, als einmal die Gefahr auf die sämtlichen Gesellschafter übergeht und andererseits der Einbringende für Mängel im Rechte und Mängel der Sache haftet (vgl. §§ 445, 493).

art. 1851, 2: si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues . . . elles sont aux riques de la société. Art. 91 a. HGB. bestimmte: Wenn Geld oder andere verbrauchbare . . . Sachen . . . in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigentum der Gesellschaft. Die Vorschrift ist jetzt fast wörtlich in das BGB. übergegangen.

III.

§ 25.

Das neueste Zivilgesetzbuch, das schweizerische v. 10. 12. 1907, verwendet zwar den Begriff der verbrauchbaren Sachen, ohne ihn aber näher zu bestimmen (vgl. § 772).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 31. Juli 1883 bin ich, Alfred Harry Adamkiewicz, Preuße, mosaisch, Sohn des Amtsgerichtsrats Dr. Hugo Adamkiewicz und seiner Ehefrau Agathe geb. Witkowski, in Schweidnitz (Schlesien) geboren. Ich besuchte das Gymnasium meiner Vaterstadt und bestand dort Michaelis 1904 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten Breslau, Marburg und Tübingen. Während meiner Studienzeit habe ich Vorlesungen folgender Herren gehört: in Breslau: Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Jörs, Kleineidam, Klingmüller, R. Leonhard, H. Meyer, Rauch, Schott, Sombart, v. Wenckstern, Wolf; in Marburg: Engelmann, Enneccerus, Heymann, F. Leonhard, Traeger, Westerkamp; in Tübingen: Heck, Rümelin, v. Schönberg, v. Wendt, Wollenberg. Allen meinen verehrten Lehrern erlaube ich mir auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Am 20. Dezember 1909 bestand ich die erste juristische Prüfung vor der Kommission bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Breslau, am 4. Februar 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Am 18. Februar 1910 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Amtsgericht in Schönau a. K. zur Ausbildung überwiesen. Vom 18. November 1910 ab wurde ich zur weiteren Beschäftigung dem Landgericht in Schweidnitz überwiesen.